9



POR

LAS HERMANDADES DE VENERABLES Sacerdotes, Santa Caridad, y Misericordia, como Administradora del Hospital del Santo Christo de los Dolores de la Ciudad de Sevilla.

CON

DOÑA TERESA CLAVDIA MOREL y Corbet, *num.* 15. muger legitima de Don Cayo Antonio Prieto, Oìdor, que fue de aquella Audiencia, y oy Regente de la de Zaragoza.

Dn Manl. de Salana

SOBRE

Que se reformen las sentencias dadas por la dicha Audiencia de Sevilla de 28. de Junio de 712. y 24. de Enero de 714. revocandolas, en quanto se declarò à dicha Doña Teresa por legitima successora del Vinculo, y Mayorazgo, fundado del caudal, que destinò para èl Andrès Corbet, num. 4 *y que en su consequencia se la entregassen fincas correspondientes hasta los* 77U500. *pesos, que resulta de los Autos aver quedado por cuadal del susodicho, confirmandola en quanto declararon, que el resto hasta el cumplimiento de los* 100U. *que aumentaron, ò agregaron D. Pedro, y D. Luis Corbet,* num. 8. y 9. *tocaba à estas partes, por aver llegado el llamamiento, que los dichos D. Pedro, y D. Luis las dieron, con los frutos desde la muerte de Doña Teresa Ayrolo y Corbet,* n. 10.

1 MOvidas estas partes del ardiente zelo de su caridad, como vnico, ò primer objeto de su instituto, viendo despojados de vna herencia tan opulenta à tantos pobres, quantos comprehende aquella numerosa Ciudad, y que estàn à su cargo, les obligò à hazer el vltimo esfuerço, para el conocimiento de su derecho en la introducion de esta segunda suplicacion de las sentencias de vista, y revista de la Audiencia de Sevilla, para por este justo, y permitido medio lograr el fin, que advierten los Emperadores *in leg. Per hanc, Cod. de tempor. appellat. Vt exercitatis iam negotijs pleniore subveniatur veritatis lumine*; lo qual, no solo se acredita en el Consejo, sino vna recta administracion de justicia, sin passion, ni respeto alguno de las partes que litigan; y en èl pretenden consiguientemente la revocacion, y confirmacion, que queda presupuesta en el epigrafe deste papel; se declare por el Consejo aver debido, y deber succeder estas partes en el todo de los bienes, de que fundaron Don Pedro, y Don Luis Corbet, *num.* 8. y 9. el Vinculo, y Mayorazgo, sobre que se disputa.

2 Para esto, de orden del Consejo se halla formado Memorial Ajustado del hecho, por lo qual omitirèmos en este su narracion, haziendo solo memoria de lo que fuesse conducente al discurso, con la remission à èl, en donde lo pidiere el orden de la colocacion de este informe, en que procurarèmos observar la brevedad possible, y obviar prolixas consideraciones.

3 La especie, ò question de este pleyto la manifiesta el tenor de dichas sentencias, que se halla expressado despues de las clausulas, fol. 2. y se reduce à concebir, à que la voluntad de Andrès Corbet fue la de que se fundasse Vinculo, y Mayorazgo, y que el caudal de es-

te fue el de 77U500. pesos; y que conforme à esta voluntad, debe succeder Doña Teresa, *num.* 15. por el subintelecto llamamiento legal; y por el contrario, que por la fundacion de Don Pedro, y Don Luis, y sus llamamientos, llegò el caso de succeder las Hermandades en todo lo que de su proprio caudal dispusieron, reduciendole al resto de lo que quedasse baxados los 77U-500. pesos. Con que de esta declarada idèa, fundada en las disposiciones testamentarias de Don Andrès, Don Roberto, Don Pedro, y Don Luis Corbet, *num.* 4. 5. 8. y 9. del Arbol, es medio, si no vnico, preciso, averiguar lo que cada vno de estos pudo, y quiso disponer.

4 Antes de incluirnos en el discurso particular de esta defensa, debemos dexar assentado por presupuesto comun de ambas partes, algunos principios, que aunque de todos sabidos, y especialmente del Consejo, conviene hazer recuerdo de ellos, por averse de governar el concepto de dichas disposiciones por ellos, con la reflexion à las circunstancias con que se hallan estatuìdos.

5 Es cierto, que la voluntad de los testadores es la ley, que debe governar el dictamen en la decision de las questiones, que sobre ellas se ofrecen, *vt novell.* 22. *cap.* 2. ibi: *Disponat itaque vnusquisque super suis (vt dignum est, & sit lex eius voluntas)* y siendo assi, es la vnica que rige, y la que predomina, y prepondèra à todas las otras leyes, y reglas de la succession, *leg. Cum quæstio*, 23. *Cod. de legat.* ibi: *In omnibus etenim testatoris voluntatem, quæ legitima est, dominari censemus*, *leg.* 40. *Tauri*, D. Molin. *lib.* 1. *cap* 4. *num.* 19. plures Aguila ad Roxas *de incompatibil. part.* 1. *cap.* 6. *num.* 307. y assi solo se debe mirar lo que quiso el testador, *leg. Ex facto*, 35. *ff. de hæredit. instit.* & cum D. Molin. & alijs Castill. 4. *controvers. cap.* 5. *n.* 3. & *cap.* 8. *num.* 1.

Pero

6 Pero con la advertencia, de que tanto se debe concebir quiso el testador, quanto dixo, y expressò; pues nadie se presume que quiere, sino lo que dize, como ni que dize, sino lo que quiere, *leg. Labeo, 7. §. Servus, 2. ff. de supellect. legat.* ibi: *Equidem non arbitror quemquam dicere, quod non sentiret.* Et ibi: *Nemo existimandus est dixisse, quod non mente agitaverit.* Y la *ley de la Partid. fin. tit. 12. part. 7.* dize: *E por las palabras que home dize, dà testimonio de lo que tiene en su voluntad.* Vbi Gregor. Lopez, *gloss.* 4. Castill. 4. *controvers. cap. 6. num. 2. 36. & 37,* optimè, & ad rem Roxas *de incompatib. part. 8. cap. 2 num. 21. cum seqq.* vbi ait: *Vt veritas appareat, & eum possimus ostendere recurrendum est ad sensum literalem, seu verba dicta legis, nam verba ideò sunt inventa, vt dicentis voluntatem exprimant nullumque certius voluntatis testimonium reperiri potest, quam de ore hominis, emissa adque prolata verba.* Et *num.* 22. *Nec aliud homines revera dicuntur voluisse, quamquod literarum sonat figura, nam sicut repræsentatur in speculo ita loquentis mens, & voluntas certificatur.* Concluyendo por esto en el *num.* 24. *Ideò à verbis legis, seu sensu literali eius non est recedendum, dum manifestè non apparet de voluntate, seu contraria mente.* Comprobando cada vno de estos principios con repetidos textos, y autoridades.

7 Sobre este medio (si no vnico, principal) que el Derecho dà para comprehender la vltima voluntad, es de notar, que como en todos los actos humanos, no solo basta el querer, si no concurre la potestad para lo que se quiere executar; assi en las vltimas voluntades, no solo se debe atender à esta, sino es midiendola por la potestad del que dispone, por ser igualmente en ellas indispensable el simultaneo concurso de potestad, y voluntad, vt cum D. Molina *de Hispan. primog. lib. 1.*

 cap.

cap. 24. *num.* 24. Roxas *de incompat. part.* 5. *cap.* 3. *num.* 28. y aun por esta propria razon, en el privilegio que se dà à la tal vltima voluntad, se pone por aditamento el que sea legitima, *velut dignum est.*

8 Debaxo, pues, de estas reglas, descendiendo à inquirir en cada vna de dichas disposiciones la potestad, y voluntad de los que las otorgaron, reduciendose el intento de las partes; el de estas, à comprobar, que la fundacion hecha por Don Pedro, y Don Luis, *num.* 8. y 9. es la que se debe observar, como voluntad cierta, y legitima, y que por el consiguiente ha llegado el caso del llamamiento que las dieron; lo qual, esto es en quanto à que por esta fundacion deban succeder las Hermandades, en competencia de Doña Teresa; ella misma lo tiene confessado, y aun la misma sentencia lo acredita; y por el contrario, pretendiendo Doña Teresa succeder en fuerça de las disposiciones de los dichos Don Andrès, y Don Roberto Corbet, *num.* 4. y 5. asseverando no aver tenido facultad los dichos Don Pedro, y Don Luis para llamar, ò à lo menos para anteponer en la succession à las Hermandades, a Doña Teresa, para la comprobacion de lo primero, y satisfaccion de lo segundo.

9 Se dividirà este Informe en tres Articulos, que corresponden à las tres disposiciones, ò voluntades, sobre que recae el todo de la question; pues siguiendo las mismas reglas, que como indubitadas quedan presupuestas con la reflexion particular de dichas disposiciones, se vendrà en conocimiento de qual fue la voluntad legitima de dichos disponentes, y qual sea la que se ha de observar, fundando en el primero, que la voluntad verdadera, y legitima de Don Andrès Corbet, *n.*4. fue la de que su hermano Don Roberto, *num.* 5. fuesse su vnico, y vniversal heredero, sin gravamen de Fideicomisso, ò Vinculo, que expressamente no quiso.

En

10 En el segundo, que la voluntad de Don Roberto solo fue valida en quanto instituyò por sus herederos à sus dos hijos Don Pedro, y Don Luis; y que la declaracion, que hizo de la obligacion de fundar Mayorazgo de los bienes, y herencia de su hermano Don Andrès, fue nula, y fraudalenta, y como tal no pudo obligar à los hijos.

11 En el tercero, que por la voluntad expressa de Don Andrès, por la que legalmente se debe contemplar en Don Roberto, solo se debe atender la de D. Pedro, y Don Luis, y por la de estos, como vnica, y legitima, la fundacion que hizieron de este Vinculo.

Articulo Primero.

Que la voluntad verdadera, y legitima de Don Andrès Corbet, num. 4. *fue la de que su hermano Don Roberto,* num. 5. *fuesse su vnico, y universal heredero, sin gravamen de Fideicomisso, ò Vinculo, que expressamente no quiso.*

12 ESte Articulo contiene dos partes, vna respectiva à la institucion de heredero; y otra à la noluntad, ò contraria expressa voluntad de la fundacion del Mayorazgo; en la primera es manifiesta, è indubitada, pues en el hecho consta, y no se duda, que dicho Don Andrès Corbet, *num.* 4. por el testamento abierto, que otorgò en 20. de Junio de 649. debaxo de cuya disposicion muriò, despues de diversas declaraciones que hizo, y eleccion de Testamentarios, nombra por su heredero en todos sus bienes, derechos, y acciones al dicho Don Roberto, *num.* 5. su hermano, con la expresion, *para que los aya, y herede para sì libremente, atento à que no tengo hijos, ni herederos forçosos, que me deban heredar; y esta es mi voluntad, vt in*

in memorial fol. 8 *clauſ.* 4. y en el Derecho, pues ſiendo eſta la vltima diſpoſicionn teſtamentaria, es la que vnicamenre ſe debe atender, *leg.* 4. *ff. de adim. legat. leg. Si mihi*, 12. §. 3. *de legat.* 1. ibi: *Noviſsimæ ſcripturæ valent*, *leg.* 25. *tit.* 1. *part.* 6. D. Covarrub. *tom.* 1. *cap.* 18. §. 1. *num.* 11.

13 Sin que en manera alguna, por la propria razon, pueda atenderſe el que ſe dize teſtamento cerrado, ò memoria de la voluntad de Don Andrès, de que hizo mencion en el codicilo, que otorgò en 17. de Junio de dicho año de 649. antes de dicho ſu vltimo teſtamento; de cuya obſtancia ſolo nos hazemos cargo, por ſer aquellas tales diſpoſiciones de las que quiere fundar ſu derecho la parte de Doña Tereſa; pues ſiendo contra principios de Derecho, no era juſto detenerſe.

14 Para lo qual, ſobre que la vltima diſpoſicion, ò voluntad del teſtador es la que ſe debe executar, como queda fundado, y es vulgar, no lo es menos, el que por ſolo ella es formal revocacion de otra qualquier anterior diſpoſicion; lo qual tiene ſu apoyo en el §. 2. *inſtit. quib. mod. teſtam. infirm.* ibi: *Poſteriori quoque teſtamento, quod iure perfectum eſt ſuperius rumpitur*, *leg.* 1. & *leg.* 16. *de iniuſt. rupt. teſtam. leg. Si quis priori*, 29. *ad Senat. Conſil. Trebel. leg.* 21. & 22. *dict. tit.* 1. *part.* 6. vbi Gregor. Lopez, & cum Gomez, D. Covarrub. Gutierr. Matienç. & alijs Pichard. *in dict.* §. *Inſtituta*, & paſſim apud DD.

15 En el caſo preſente, aun procede eſta propoſicion con ſuperior fundamento; pues teniendo preſente Don Andrès el tal teſtamento cerrado, y codicilo, no contento con la inſtitucion poſterior, hecha de todos ſus bienes, à favor de ſu hermano, y revocacion legal de la anterior, que por ella ſe inducia, añadiò en la clauſula ſiguiente: *Y revoco, y anulo, y doy por ninguno, y*

de

de ningun valor, ni efecto, todos, y qualesquier testamentos, mandas, y codicilos, y otras vltimas disposiciones, que aya hecho, y otorgado en todos los tiempos passados, hasta oy, para que no valgan, ni hagan fee en juizio, ni fuera de èl, salvo este mi testamento.

16 Quien, à vista de esta clara, y expressa vltima voluntad, pudiera intentar se executasse, ò atendiesse la anterior, que el Derecho, y el mismo testador expressamente revoca? Siendo asi, que podemos assegurar, no se encontrarà caso, que en tal especie, como la presente, se aya questionado, ni por el Derecho, ni por los Autores. Reconocemos aver algunos casos, en que sin embargo de la segunda disposicion se cumple la primera comision, el que expressa la *ley Pactum eius, fin. ff. de hæred. instit.* en la qual, por ser falsa la causa final con que en la misma segunda disposicion la condicionò, constando del error, se declarò à favor de aquel anteriormente instituìdo, que siendo puesto en esta tal condicion, verdaderamente, asi por el primero, como por el segundo testamento, debiò succeder; pues de vno, y otro se probaba vna misma voluntad; con cuyo texto concuerda la dicha *ley 21. de la Partida*, sin que la decisión de vna, y otra, y lo que sobre ellas glossan los DD. en manera alguna pueda ser aplicable à este caso, en que dandose en el primero vna institucion de heredero, hecha à favor del Mayorazgo, en el segundo revocando esta, instituye à su hermano *libremente*, sin mas causa para vno, y para otro, que ser su vltima voluntad, y no tener herederos forçosos; siendo asi, que en aquella se estatuye, como necessaria, la expresion de la causa, y del error; en el segundo testamento, para que no se altere por èl lo dispuesto en el primero, *vt videre est in illis.*

17 Otros casos refiere la *ley 22. de la Partida*, que por manifestarse por ella misma la diversidad, y no di-

latarnos en fundamento tan estraño, nō nos detenemos en discurrir sobre ellos, passando à la segunda parte de este Articulo; en cuya comprobacion se corroborarà lo expressado en la primera.

18 Queda reservado para esta segunda, demonstrar, que demàs de constar, que la vltima voluntad de Don Andrès, fue la de que su hermano fuesse su vnico, y vniversal heredero, consta, que no la tuvo de fundar Mayorazgo, ni de gravarle con èl à su hermano; lo qual, prescindiendo de tener esta parte la asistencia de Derecho en la libertad de dicha herencia, à que se opone el Vinculo, ò Mayorazgo, vt cum plurimis comprobat Alvar. Valasc. *consult. 82. num. 6.* en donde concluye, que como hecho del que se funda en tal gravamen, le debe claramente justificar, *leg. 2. & leg. Verius, ff. de probat. cum vulgat.*

19 Todavia, atendidas todas las circunstancias de este pleyto, persuaden la contraria voluntad del Mayorazgo; lo primero, por el mismo hecho de su posterior disposicion; lo segundo, por la expressa voluntad de contraria, en que sobre lo dicho se debe tener presente, que siendo asi, que en la tal primera disposicion de Don Andrès, y Mayorazgo que en ella fundaba, era à favor de Don Roberto su hermano, *vt in claus. 8. fol. 3. del Memor.* llamandole en primer lugar, y que despues succediesse el hijo, que èl eligiesse, *vt claus. 9.* no obstante esta disposicion (en que no se puede negar se halla ser toda respectiva à que su hermano, y sus hijos, y descendientes succediessen en su herencia) passò, lo vno, à romper los hilos, y signo del Escrivano, y el principio, de tal suerte, que vnicamente se funda ser de Don Andrès, por la firma que tiene, aunque tambien cancelada; lo qual por sì solo se estima por formal revocacion de lo contenido en el testamento, *leg. penult. Cod. de testam.* ibi: *Siquidem testator linum, vel signaculum inciderit, vel*

abs-

abstulerit, vtpote eius voluntate mutata testamentum non valere, leg.24. tit.1. partit.6. vbi Gregor.Lop.

20 Lo otro, à otorgar nuevo testamento, de que se infiere, no solo la revocacion, sino la prueba de que los dichos actos de cancelacion èl mismo los executò; lo otro, en esta su vltima disposicion, à la absoluta institucion de heredero, que es por su propria essencia translativa de todo el derecho, que el difunto tenia, *leg. Cum hæredes, ff. de adquir. hared.* la añadiò la palabra *libremente*; lo qual, como irregular, ò invtil por lo comprehensivo de la institucion, es prueba de que como en aquel testamento le dexaba por heredero, quasi en la substancia, pues lo venia à ser, siendo successor primero del tal Mayorazgo à quien instituyò, y despues à sus hijos, y descendientes, para manifestar, que no queria tal Mayorazgo, sobre instituirle por heredero vniversal, puso, para que lo aya, y herede *libremente*; y demàs de esto, passa à revocar, no solo el tal testamento, sino es el codicilo, *vt supr. diximus.*

21 Con ingenuidad confessamos nos confunde, que à vista de tan expressa voluntad, y de tantas congeturas, si no son evidencias, que resisten la tal fundacion del Mayorazgo, se pretenda succeder como tal, y no por otra voluntad (porque no puede ser por otra, como se dirà) que por la de Don Andrès; pero aun causa mayor estrañeza, discurriendo en el hecho, que se quiere figurar en contrario; pues se reduce à que confessando, como prueba instrumental, todo lo que dexamos presupuesto, niegan que esta fuesse su voluntad; y sì solo la de que se fundasse el Mayorazgo, que revocò, ò à lo menos dezir, que se lo mandò, encargò, ò confiò à su hermano; y reconociendo, que aunque no bastaba esta generalidad, dizen fue con la restriccion à la observancia de aquel tal su testamento cerrado (y que yà se contempla como memoria) para que se arreglasse à ella.

Con

22 Con toda verdad deseàramos (pues absolutamente no lo encuentra el discurso) saber, abstrayendo de todo lo discurrido, y de tan violento concepto, como el que se forma, què motivo, ò causa se dà para la contraposicion que contiene, querer persuadir, que teniendo Don Andrès dispuesta en toda forma legitima la fundacion del Mayorazgo, por su testamento cerrado, sellado, y signado del Escrivano, que expressò en su codicilo, *de quo fol. 5. B. del Memor. claus.* 1. siendo esta su vltima, y determinada voluntad, y la que queria se executasse, eligiesse por medio para su cumplimiento rasgar aquel, revocarle, è instituir à otro por su heredero en vn testamento solemne; cuyo hecho, y clara, y expressa voluntad, contraria à lo que se quiere tacitamente presumir, no lo permite el Derecho se aparte el dictamen de aquella expression, que es el medio mas eficaz de probar la voluntad; vt supr. cum Castill. Rox, *de incompatib. part.8. cap.2. num.* 21. *& alijs fundavimus*, ni menos permite prueba, ni congetura en contrario, *leg. Licèt Imperator, ff. de legat.* 1. *Quia in claris non est locus præsumptioni, nec interpretationi*; vt Valasco *in locis communis, litter. C. num.* 4. *& litter. V. num.* 84. y mejor Don Juan del Castillo *lib.* 2. *cap.* 22. *num.* 72. ibi: *Per voluntatem expressam à coniecturis necessariò recedendum est; quia nulla coniectura adeò efficax esse potest, vt sit posterior voluntate expressa, quæ facit, vt coniecturis locus non sit, leg. Continuus, §. Cum ita, de verbor. obligat. leg. Labeo, ff. de supellect. legat.*

23 Siendo la razon, porque en tanto ha lugar à la interpretacion, congeturas, ò prueba, quando la voluntad no es clara, y expressa, sino ambigua: decission del Jurisconsulto Paulo *in leg.* 25. *§.* 1. *de legat.* 3. *Cum in verbis cum nulla est ambiguitas, non debet admitti voluntatis quæstio*, D. Valençuel. *cons.* 201. *num.*36. plures textus, & DD. Vela *dissertat.* 37. *num.* 27. con que ve-

verificandose estos principios en dicha vltima disposicion, ò testamento abierto de Don Andrès, sin que de todo su contexto se pueda dudar de su clara, y expressa voluntad, se halla cerrada la puerta al discurso, para inquirir, ò averiguar congeturas, que aun inqu iridas, son invtiles, ò ineficazes; y quando las pudiesse aver, haziendose cotejo con las que dexamos notadas, como es preciso, *vt ex leg. 3. §. 1. ff. de testib.* es consiguiente ayan de ceder à estas, yà por la multiplicidad, yà por su poderosa eficacia, *leg. Divus, ff. de in integ. restit.* Menochio *de præsumpt. lib. 1. quæst. 30. ex num. 1 & lib. 6. quæst. 64. num. 46.* Surdo *cons. 112. num. 73.*

24 Todavia no se encuentra, ni aun medio de donde se puedan inferir, para inducir este tacito Fideicomisso; pues en el dicho testamento abierto, es tan breve, y claro, que no ay palabra de que poder inferirla, *vt ex eius tenore constat*; con que si es preciso, que del propio testamento, y de lo expressado en èl, se arguya la presumpcion, ò congetura, para por ellas probar el Fideicomisso, ò substitucion directa (como en este caso se dize del Mayorazgo) vt cum plurim. Castill. *lib. 4. controvers. cap. 15. ex num. 63. cum seqq. ad 67. inclusivè*, parece no ser necessario otro discurso.

25 Pero aun es mas imposible, si se recurre à la tal memoria, ò testamento cerrado, y codicilo; porque de esto lo que se podrà inferir, no es congetura, sino prueba evidente, de que la voluntad de Don Andrès, fue la de fundar Mayorazgo, y por ella le instituyò por heredero; pero *quid inde*? porque el que lo fuesse, no es del caso, quando por supuesto indubitado consta, que apartandose de tal voluntad, la revocò en la vltima, debaxo de cuya disposicion falleciò.

26 Es cierto, que los DD. suscitaron la question, de si por el acto nulo se pueda interpretar, ò declarar la voluntad del testador, de que refiere dos colunas de Au-

tores Castillo *lib. 5. controvers. cap.* 108. pero es de notar, que para el caso concreto de este pleyto, no se darà vno; esto es, que de la institucion hecha à favor del Mayorazgo en vn testamento solemne, revocado este, y otorgado solemnemente otro, instituyendo à otro por heredero, para qualificar este, no menos que en toda la substancia se haga presupuesto de lo mismo, que el testador revocò, Castillo *dict. cap.* 108. *num.* 17. signantèr versic. *Quod atinet*, figura la question; pero es de notar, que el *Vtrùm*, es *an in hoc casu ex dictis, & dispositis in primo declarentur verba DVBIA secundi?* con que si en el segundo no ay duda, y es clara, y manifiesta la voluntad, procede el texto citado, *cum in verbis nulla est ambiguitas, non debet admitti voluntatis quæstio*; y en los mismos terminos se hallarà la controvierten otros, vt Capon. *disceptat.* 58. *num.* 23. ibi: *Novissimam, ambiguam, claram fieri*; y el señor Olea, que genericamente tocò la proposicion, *tit.* 2. *quæst.* 5. *n.* 21. habla del efecto de declarar, que presupone la duda.

27 Confirmase lo dicho, aun entrando en la decission de esta tal question, aun quando huviesse duda, que interpretar, ò declarar, que es en los terminos en que procede; pues considerando los fundamentos de vna, y otra opinion, la afirmativa; esto es, que se puede valer del testamento revocado, para interpretar, ò declarar el segundo: su razon principal no es otra, sino *quod voluntatis mutatio præsumi non debet*; vt refert Castillo *num.* 20. *in fin.* à que desde luego satisface èl mismo *numer.* 21. *Ex eo quod satis constat mutatam fuisse voluntatem in hoc casu, ex quo apparet primum testamentum revocatum, & secundum esse à primo diversum.*

28 Passa en el *num.* 22. à referir la opinion contraria, de que en manera alguna puede ser medio para inducir congetura, ni para declarar la voluntad del segundo testamento, el primero revocado; y entre los muchos

chos fundamentos, que refiere (dignos de tenerse presentes) el primero es formal para nuestro caso, que fundado en la doctrina original de Barthul. *in leg. Statuis florus, ff. de iure Fisci*, qui dixit: *Quod si testator in primo testamento legavit fundum, & disposuit, quod non posset alienari extra familiam, & deindè in secundo testamento simplicitèr reliquit ipsum fundum, non præsumitur voluisse repetere qualitatem, & conditionem illam quod extra familiam non alienetur, sed fundus liber remanebit legatario, nec poterit fieri argumentum de primo testamento ad secundum, quoniam ista sunt diversæ voluntates, & vltima derogat primam.*

29 Pero aun esta razon la dà con Mantica, y otros el mismo Castillo: *Et quod verè ex testamento revocato coniectura aliqua deduci, ideò non valeat ad declarationem secundi, quod si testator voluisset, id in secundo testamento dixisset, quod in primo expressit; quod cum non fecerit, sed primum testamentum revocaverit clarè percipitur nolluisse amplius primum testamentum, & in eo contempta effectum aliquem sortiri.*

30 Què dixeran Barthulo, y estos Autores en nuestra hypotesi, quando en el segundo testamento, *non simplicitèr legavit fundum*, sino con la expressa qualidad de que huviesse los bienes libremente? Què dixeran, si lo mismo que se trata de inducir, era lo que legitima, y perfectamente tenia dispuesto en el primero, revocado por el segundo? Solo podian dezir, que era intento fundado, mas en la ambicion, y en el poder, que la ocasion les franqueò, que en la disposicion legal, y aun natural.

31 Es cierto, que el mismo Castillo *num.* 23. permite, que si huviesse alguna congetura en el primero revocado, tal, que claramente manifestasse la voluntad dudosa del segundo, se pueda atender; pero abstrayendo no aver otra, que la contraposicion, y diversidad de

voluntades, ni mas duda, que la que por solo la de las otras partes se concibe; es de notar la regla con que concluye, *num.*27. que es el final del capitulo, y question; vbi ait: *Ac denique generalitèr observandum superiora omnia, quod voluntas testatoris declaretur, & interpretetur ex testamento nullo, & invalido; declaranda, ac temperanda, per text. in leg. Si iure, ff. de legat. 3. Vt procedant nisi tractetur de tali voluntate probanda, aut elicienda ex testamento ad revocationem alterius EXPRESSÆ, & SOLEMNIS, nam eo casu non probatur, neque desumitur ex tali testamento, vel dispositione nulla, aut invtili, quamvis declaretur per eam voluntas expressa*, Peralta *in leg. Qui testamentum. num.*3. *de legat.*2. Alvarad. *de coniectur. lib.*3. *cap.*2. §. 1. *n.*5.

32 La causa vnica, que se dà en contrario, para que D. Andrès hiziesse dicho segundo testamento, revocando el primero, en que tenia hecha perfectamente la fundacion del tal Mayorazgo à quien instituìa en èl por heredero; se reduce à que no sonasse el caudal en su cabeza, sino en la de Don Roberto su hermano, à quien instituìa por heredero; y reconociendo, ò por mejor dezir, convencido el discurso de tan frivolo motivo, se passa à dar, para su fomento, el de que en el año de 649. en que se otorgò dicho segundo, y vltimo testamento, se padeciò peste en aquella Ciudad, y consiguientemente gran mortandad, y confusion; siendo vnicamente la prueba las dos declaraciones, que hizo, en razon del Molino, y escripturas, que se contienen en las *clausulas* 1. y 2. de dicho su vltimo testamento.

33 Y sin detenernos en la ninguna prueba, que toda esta alegacion tiene, que es bastante para su exclusion, à vista de ser el fin revocar, ò alterar vna tan expressa voluntad, comprobada, assi por hecho, como por instrumentos, *vt supr. num.* todavia, discurriendo por partes, se demuestra aun en lo discursivo la supo-

posicion, ò contrariedad del concepto; lo vno, porque què conexion tiene para paliar, y ocultar sus caudales, y hazienda, la diversidad de instituciones de heredero, quando la ocultacion solo en tales casos podia mirar, ò à evitar demandas de injustos acreedores, ò à satisfacer quexas de los parientes; si lo primero, de que no ay el mas leve indicio, es constante, que Don Roberto no querria entrar, ni mezclarse en la herencia, menos que haziendo inventario autentico, è integro, con el qual solo podia responder à tales acreedores, y librar su caudal, y hazienda, que era aun mas considerable, como luego se dirà; con que por este medio, que era preciso, se hazia mas publico lo que trataba de ocultar; sì lo segundo, quienes se avian de quexar de la primera institucion, pues en ella se hallaban beneficiados todos quantos parientes tenia, como aun la pretension contraria manifiesta; luego ni vna, ni otra razon puede serlo, para la ideada ocultacion.

34 Bien se advierte este defecto en la que se dà de la peste, y mortandad, pero con mas notable desgracia; pues confessado el supuesto, lo que este dicta, es lo contrario; porque en semejante contagio, lo verosimil es el que aquel, que està expuesto à èl, disponga sin simulacion, ni encubierta del hecho de la verdad, mandando por sì deliberadamente lo que quisiere de sus bienes, sin fiarlo, ni encomendarlo à otro; y mas à otro, que estaba expuesto al mismo accidente; luego lo que persuade el entendimiento en estos terminos, es, que Don Andrès, apartandose de aquella voluntad de fundar Mayorazgo (acaso por huir de la vanidad, que en ella podia tener, ò por otra causa, pues no es del caso, quando la de su expressa voluntad basta) la revocò, è instituyò *libremente* por heredero à su hermano; pues à no ser esto, sino lo contrario, teniendo perfectamente dispuesto el Mayorazgo debaxo de vn testamento so-

lemne, y valido, como èl mismo declarò tres dias antes en su codicilo, solo necessitaba hazer otro codicilo, declarando la pertenencia del Molino, y escripturas, como punto de conciencia, à que en tales casos, y accidentes vnicamente se atiende.

35 Con esto queda satisfecho lo que se infiere de dichas dos clausulas, ò declaraciones de dicho su vltimo testamento; esto es, que por ser cierta la pertenencia à su hermano del todo del Molino, que estaba en cabeza de los dos, y de las escripturas puestas solo en la suya, para que en todo tiempo constasse no ser bienes de su herencia, atendido solo el titulo, le fue preciso declararlo.

36 Assegurandose en el todo de dichos tres Puntos la satisfaccion, que llevamos concebida de la causa de la figurada confidencia; pues demàs de la contingencia, que por la ocasion de la peste podia tener su cumplimiento; lo que no tiene duda, es, que sabia que su hermano Don Roberto tenia hijos, y à quienes no podia perjudicar su disposicion, ni menos lo que declarasse en razon de dicho gravamen contrario à la expression de libre, con que le dexò la herencia, y sin otra prueba, que la verbal de entre vno, y otro; con que es increìble, que à vista de esta total resistencia revocasse lo que expressamente tenia dispuesto, y se dize era su voluntad, dexando expuesta à no solo la contingencia, sino à vna nulidad, y resistencia de Derecho, como la tenia la declaracion que hiziesse su hermano, como en el siguiente Articulo se demonstrarà.

37 Debiendo, antes de entrar en èl, presuponer, que dependiendo de la voluntad de Don Andrès la obligacion, que Don Roberto declara del mismo reconocimiento particular, que hemos hecho en este, de aquella se convence falta absolutamente la causa, y fundamento de la tal supuesta obligacion, que era necessario

pa-

para ſu credito, y validacion; como ſe dirà, ſin que tampoco, ni por otros inſtrumentos, ni teſtigos, ſe aya probado, ni intentado juſtificar tal voluntad, ò gravamen, contrario à lo miſmo, que Don Andrès diſpuſo, y executò.

Articulo Segundo.

Que la diſpoſicion, y voluntad de Don Roberto Corbet, num. 5. *ſolo fue valida en quanto à la inſtitucion de herederos hecha en ſus dos hijos, y que fraudalenta, y nula la declaracion, que hizo de la obligacion que tenia de fundar Mayorazgo de los bienes, y herencia de ſu hermano, y que como tal no pudo obligar à los hijos.*

38 HEmos dilatadonos en el antecedente, por conſiderar queda franco el diſcurſo para eſte; pues comprobado en èl, que la voluntad de Don Andrès fue ſolo la de que ſu hermano fueſſe vnico, y vniverſal heredero, con expreſsiones, hechos, y congeturas contrarias, y repugnantes al tacito Fideicomiſſo, que en cabeza de aquel ſe pretende, entramos à el examen de eſta ſegunda diſpoſicion, conforme al principio, que dexamos aſſentado, y à inquirir los dos requiſitos de poteſtad, y voluntad de Don Roberto, preſupueſtos eſſenciales, que deben verificarſe.

39 En quanto à la poteſtad, que Don Roberto tuvo para hazer eſta ſu diſpoſicion, es preſupueſto legal, que teniendo, como tenia, dos hijos, ſolo podia, y pudo diſponer del quinto de ſus bienes libremente, en quien, y como quiſieſſe, circunſcribiendoſe à èl todos los gaſtos de funeral, Miſſas, entierro, legados pios, y profanos, como expreſſamente lo previenen las leyes de *Toro* 26. 27. 28. & 30. que ſon en la *Recopil. leg.* 10.

y siguient.tit. 6. lib. 5. y todos los Regnicolas sobre ellas; pero si quisiesse disponer à favor de alguno de sus hijos, ò descendientes, bien lo podrà hazer en el tercio de sus bienes, *vt ex dictis*; con tal, que en manera alguna grave su legitima; de suerte, que si de facto lo hiziesse, *ipso iure reijcitur gravamen à legitima, leg. Quoniam in prioribus, leg. Si quando, §. Generalitèr, Cod. de inoffic. testam.* D. Molin. *de Hisp anor. primog. lib. 2. cap. 3. à num.* 7. vbi plures eius Add. & cum Castill. D. Salgad. *labyr. 2 part. cap. 16. à num.* 16 Merlin. Vela, & alijs D. Olea *de cession. iur. tit. 3. quæst. 7. num.* 37.

40 Quedando por firme conclusion legal, que por disposicion de Derecho no pudo Don Roberto disponer mas que del tercio, y quinto de sus bienes; y esto, con la calidad, y distincion expressada, sin que pueda ser limitacion de esta la de poder disponer con facultad Real, ò quando los hijos lo aprueban, y consienten; pues demàs de que vno, y otro es aplicable, porque en tal caso no serà potestad de Ley, ò de Derecho, todavia aquella del Principe no la tuvo, y el assenso de los hijos tampoco; y quando le tuviesse, su disposicion tanto valdria, quanto comprehendiesse la aprobacion; y siendo esta la causa eficiente, por ella se deberà medir el valor de la disposicion, como adelante se fundarà.

41 Reconocemos, pues, la potestad que tuvo Don Roberto, passando à vèr qual fuesse su voluntad; debemos assentar por cierto concepto, que formamos del todo de su disposicion, fue la de fundar vn opulento, y considerable Mayorazgo, y atender à hazer algunos sufragios, ù obras pias por Don Andrès su hermano, en remuneracion de lo que le avia dexado por su herencia, con la advertencia de que teniendo presente el defecto de facultad para esta su idèada voluntad, se valiò de dos medios, que fueron; el vno, suponer tenia obligacion de fundar vn Vinculo, y Mayorazgo por el dicho Don

An-

Andrès Corbet, mi hermano, *de todos los bienes, y hazienda, que quedassen del sussodicho, pagadas las mandas, y legados, que me dexò comunicados; los quales he pagado, y satisfecho enteramente, y me parece pueden aver quedado del residuo de los dichos sus bienes, y hazienda, de* 75U. *à* 80U. *pesos*, poco mas, ò menos, como consta de la *claus*. 3. *fol*. 10. *del Memor.* y el otro fue el mejorar en el tercio, y remanente del quinto, à su hijo mayor Don Pedro, *vt in claus*. 4. *fol*. 10. *B*.

42 De estos dos medios, no dudando de la validacion, y firmeza de este segundo de mejora de tercio, y quinto, debaxo de las deduciones, que dexamos fundado, tampoco es capaz de controversia la nulidad del primero, como advertida por Derecho, y comun sentir de los DD. por ser vn abuso, ò fraude contra la providencia de las leyes, que no permitiendo al padre disponer de su caudal mas que à favor de sus hijos, y sin gravamen alguno, si se diesse assenso à su declaracion, se frustraba; pues con declarar, que debia al que queria dexar beneficiado con alguna manda, ò con declarar, que el caudal de que disponia era de otro, en cuyo nombre, y de su orden disponia gravandolo, como en el caso presente quedaba en su libre arbitrio, oponerse en el todo, ò en parte à la prohibicion del Derecho.

43 Es tan de antiguo conocido este fraude, que se halla advertido por los textos *in leg. Qui testamentum faciebat*, 27. *ff. de probat. leg. Cum quis decedens*, §. *penult. de legat*. 3. en cuyas especies, que proponen los Jurisconsultos de las declaraciones hechas por el padre à favor de otros, yà de debito, yà de causa remuneratoria, concluyen la nulidad por la razon, *in leg*. 27. ibi: *Videtur enim eo; quod ille plus capere non poterat in fraudem legis hæc in testamento adijcere*, & *in dict*. §. *penult*. ibi: *Non idcircò, quod scriptum est exigi posse in fraudem legis relictum*; lo qual assimismo recono-

cieron, y estatuyeron las leyes Reales, *leg.3.tit.14.part.5* con que si esto decreta el Derecho en casos, que (como se puede reconocer, no dà individual razon) el testador del fundamento del debito, y obligacion que intentaba satisfacer, concibiendola todavia por insubsistente, y en fraude de la ley, què dixeran en nuestro caso, en que sobre no dàr Don Roberto motivo alguno para tal obligacion, la resiste expressamente la voluntad del acreedor?

44 Es igualmente comun sentir de los DD. quienes debaxo de la regla, que dexamos prenotado, de que todos los bienes del padre son legitima del hijo, excepto el quinto, de que debe sacarse qualesquier legados; de tal suerte, que aunque sean pios, en manera alguna puede tocarse a la legitima, *vt videre est in leg. 1. tit.8. lib.5. Recopilat.* ampliando esta restriccion, aun quando el padre diesse el titulo, ò causa de ser para exoneracion de su conciencia, y restitucion de lo que injustamente tenia vsurpado, *ex cap. Quicumque, 17. quæst. vlt.* Gloss. *in leg. Ad declinandam, Cod. de Episcop. & Cleric.* Giurba *ad Constit. Messan. cap.2. gloss. 7. numer.*1. vbi per quam plures refert D. Olea *tit.4 quæst.5. num.* 16.

45 En los terminos de confessíon de debito, hecha por el padre, fundados en los textos referidos, resuelven, que todas las vezes que la confessíon es en perjuizio de la legitima de los hijos, generalmente en qualquier acto, en que puede aver presumpcion de fraude, no vale, ni prueba en manera alguna; esto es, como en nuestro caso, quando se dispone, y funda vn Mayorazgo, sin embargo de la incapacidad, y prohibicion de la ley, que no permite disponer al padre mas que del tercio, y quinto, vt præter antiquiores Castillo, cum eis, & alijs *lib. 6. cap.* 125. *num.* 14. *& cap.* 111. *& num.* 10. *&* 11. *& melius num.*12. vbi cum Gomez, Pala-

cios

cios Rubios, & Gutierrez *de iur ament. confirm.part.1. cap.5. num.21. & 22.* defiende, que ſolo valdrà *in vim legati* en todo aquello que el padre tenia facultad para diſponer; eſto es, en el quinto, ſi fueſſe à favor de eſtraño; y en el tercio tambien, ſi fueſſe à favor de otro hijo.

46 Siendo de notār, que eſta propoſicion procede, no ſolo quando la tal declaracion es ſimple, ſino tambien aunque ſea jurada, vt Gutierrez *lib.3. pract. q. 97. n.5. & vbi ſupr. de iuram. confirm.* & Caſtill. *dict. cap. 111. num.13.* optimè, & latè D. Valenç. *tom. 2. conſ. 174. per tot. maximè à num.15. ad* 28. & idem D. Valenç.*conſ.86.n.5.* & cum his, & alijs Vela *diſſert.42.n.2.* D.Olea *dict.tit.4. quæſt. 5. à num.16. in fin.* quien en el *num.17.* recomienda, y con razon, al Padre Sanchez *in Præcept.Decalog.lib.7.cap.13.num.43.* quien lleva la miſma opinion, en caſo de que la declaracion es, *pro exoneratione conſcientiæ, & reſtituendis male ablatis.*

47 Bien reconocemos, que lo que ſe infiere formalmente, y ſin limitacion alguna de los textos, y autoridades citadas, es, que la declaracion del padre *in vim obligationis, ſeu debiti nihil probat*; pero no por eſto ſe priva el intereſſado en la tal confeſsion probarlo por otro medio, *vt dict. leg. Qui teſtamentum, ff. de proba. Si Titius ſuprà ſcripta, & ratione ſua ad teſtatorem perveniſſe probare potuerit, exigi reſpondit*, de donde ſu Gloſſa infiere, y dize: *Et ſic coniectura fraudis transfert onus probandi in legatarium, præſumitur autem fraut ex confeſsione facta in favorem incapacis*; la miſma limitacion contiene la ley de la Partida 3. *tit. 14.part.3.* & DD. citati.

48 Buſcando eſta tal prueba, que era neceſſaria, no ſolo no ſe enucentra en todos los Autos, pero ni congetura, ni circunſtancia que haga veroſimil dicha declaracion; y lo que mas es, ni aun ſe ha propueſto, ni

ale-

alegado mas comprobacion, ni hecho, que el del testamento cerrado del año de 46. y codicilo de 17. de Junio de 649. de Don Andrès Corbet, cancelado, y revocado por èl mismo en su testamento solemne de 20. de Junio de dicho año de 49. de que tratamos en el Articulo antecedente, con demonstracion de la expressa contraria voluntad de Don Andrès, confirmado con repetidos hechos, y congeturas, y deficiencia omnimoda de causa, para revocar el Vinculo, ò Mayorazgo, que no obstante dicha revocacion se dize, quiso estatuir, quedando por el consiguiente desnuda la declaracion de Don Roberto, de apoyo de hecho, y con notoria resistencia de derecho.

49 Sobre esta es de notar, que el fraude en que se funda la presumpcion, de que el padre que declara obligacion, ò debito contra sì, y contra su herencia, es à fin de executar su voluntad por aquel medio fraudalento, que por otro licito no podia, demàs de no aver congetura, ni medio que elida esta presumpcion de la ley; en nuestro caso existe en confirmacion de este concepto juridico la prueba de que el animo de D. Roberto fue el de fundar Mayorazgo por voluntad propia suya, y no de Don Andrès, lo qual se deduce; lo primero, por no ser verosimil, que aviendo muerto en el año de 650. Don Andrès su hermano (que era el que se dize le impuso el gravamen) le dilatasse poner en execucion hasta el año de 670. veinte años despues de muerto el imponente; Lo segundo, porque atendida su disposicion, *de qua in Memor. fol. 9 claus.* 1. pretexta el otorgar poder solo para testar, por la celeridad de su enfermedad; siendo asi, que consta viviò seis años despues, en que pudo por sì cumplir, si fuesse cierta, con la obligacion que declara; con la advertencia, de que de la execucion no avia interessado que le pudiesse pedir el Mayorazgo, pues era el primer llamado, *vt in claus. 8. fol.* 3. procedien-

diendo vno, y otro con superior razon, respecto à lo mismo que intenta la otra parte, de que la tal obligacion era fundar el Mayorazgo, segun, y como se contenia en aquel, yà testamento cerrado, ò yà memoria de Don Andrès, pues no tenia mas que estenderle; con que la misma resistencia que tiene el que este revocasse lo que legitimamente tenia dispuesto, y que se dize queria se observasse; la misma, si no mayor tiene que Don Roberto dexasse encargado, ò comunicado à sus hijos, lo que èl pudo executar con tanta facilidad, que no tenia mas que estender la tal memoria, debiendo tener presente, que aquel cumplimiento era preciso fuesse por sì, y no comunicable à sus hijos, *vt leg. Nulla, Cod. de Episc. & Cleric.* plures D. Olea *tit.* 3. *quæst.* 1. *num.* 50. & 51.

50 Con esta inverosimilitud, deducida de la misma confesion del padre, concurre, el que reconocidos todos los testigos de vna, y otra probança, el vnico que habla de qual fuesse la voluntad de Don Roberto, es Don Christoval de Torres del Aguila y Guzman, de edad de noventa y nueve años; el qual dize, que Don Roberto Corbet comunicò con el testigo tener determinado fundar vn Mayorazgo, cumplido el testamento de Don Andrès Corbet, y lo que le avia comunicado: *vt in Memor. del hecho, fol.* 12. *num.* 47. en cuya declaracion es de notar, que no dize le dixesse Don Roberto tuviesse la obligacion de fundar el Mayorazgo, sino que èl tenia determinado fundarle, y esto despues de cumplir lo que su hermano dispuso, y le dexò comunicado; con que legitimamente se evidencia, que la fundacion del Mayorazgo, ni la dispuso Don Andrès, ni este se la encargò, ò comunicò; pues lo que Don Roberto queria executar, era, despues de executado todo lo que aquel dispuso; con que la fundacion fue por voluntad de Don Roberto, y no de Don Andrès.

51 Y aunque esta deposicion es vnica, se le debe dàr credito, yà pot la ancianidad, *ex gloss. in leg. Cunquid, ff. si cert. petat.* D. Valenç. *consil.* 105. *num.* 73. yà por ser de persona de notoria calidad, y representacion, y credito en aquella Ciudad, *& ex eo in iure ex cap. Nobilissimus vir, 97. distint. & glossa in eo,* D. Valenç. *consil.* 157. *num.* 6. yà por lo que mas es, por tener dicha deposicion à su favor la asistencia, y presumpcion de Derecho, por qualquier respecto que se contemple, *vt ex cap. fin. de præsumpt.* Escobar *de purit. part.* 1. *quæst.* 8. §. 3. *num.* 26.

52 Otros medios de justificacion de la incertidumbre de dicha obligacion, y consiguientemente del tacito fideicomisso de Don Andrès, se podian cumular; pero sobreseemos en ellos, porque siendo de la obligacion de la otra parte probar aliunde la certeza de aquella confession, no se ha hecho alguna, y nos es suficiente la nulidad, y asistencia de Derecho, que por ella tenemos; si bien en el reconocimiento de la disposicion de Don Pedro, y Don Luis, acordarèmos lo que de ella resultasse en confirmacion de este segundo Articulo.

Articulo Tercero.

53 De lo discurrido en los dos antecedentes, se infiere legitimamente la conclusion de este; pues si Don Andrès, que pudo, no quiso, y Don Roberto que quiso, no pudo, es consequencia legitima que el caudal que este adquiriò por voluntad expressa de aquel, y que quedò por su fin, y muerte, recayò su dominio libre en sus hijos Don Pedro, y Don Luis, no obstante el Vinculo, ò Mayorazgo, que su padre dispuso, ò declarò; el qual, como reprobado, ò contra la ley, fue nulo *ipso iure, vt ex dict. leg. Quoniam in prior. Cod. de inoffic. testam.* ibi: *Vt si conditionibus quibusdam, vel dilationibus, aut*

ali-

*aliqua dispositione, moram, vel modum, vel aliud gravamen introducente eorum iura, qui ad memoratam actionem vocabantur, in minuta esse videantur; ipsa conditio, vel dilatio, vel alia dispositio moram, vel quodcumque onus tollatur, & ita res procedat, quasi nihil testamento eorum additum esset, leg.*11*.tit.*4*. part.*6*. & leg.*17*.tit.*1*. eadem part.*6. D.Molin.*de Hispan.primog. lib.*2*.cap.*1*. num.*9. plures Castill. 5*.controvers.cap.*107*. num.*36.

54 Desde luego, antes de entrar à discurrir sobre la disposicion, ò fundacion de los hijos, nos hazemos cargo de que sin embargo de que sea nulo semejante gravamen, ò vinculo, puede subsistir, quando concurre expresso consentimiento de los hijos, *vt ex gloss. in leg. Si quando, §. & generalitèr, verbo iuditium, Cod. de inof. testam.* D. Molin. *de Hispan. primog. lib.*2*. cap.*3*. num.* 7. Castill. *lib.*5*. cap.*107*. ex num.*59. cum multis seqq. & passim apud DD. siendo la razon, porque siendo el hijo, ò los hijos los vnicos dueños, è interessados en la herencia del padre, como pueden por sì disponer, pueden igualmente consentir, ò aprobar; pero con la distincion, de que si el gravamen, ò Mayorazgo recae solo sobre la legitima (como en nuestro caso, que dispuso à parte del tercio) en tal caso es necessario el consentimiento formal expresso del hijo, sin que baste el tacito, Angulo *in leg.*11*. gloss.* 10*. num.* 11. Alvar. Valasc. *de partit. cap.*16*.num.*34. vbi de communi testatur Gutierrez *de iuram. confirm. part.*1*. cap.* 19*.ex num.* 3. & cum his, & Castill. Add. ad Molin. *lib.*2*. cap.*3*. ad n.* 7. vers. *Prima conclusio*, optimè cum alijs Mostazo *de causis pijs, lib.*6*. cap.*6*. à num.*18*. maximè num.*21.

55 Pero con la notable advertencia, de que en este caso, son la causa eficiente de tal gravamen, ò vinculo los hijos, como dueños yà legitimos del caudal, ò herencia, *maximè post montem patris*; y asi por su con-

ſentimiento ſe deben contemplar como verdaderos donantes, ò fundadores, *vt probat text. in leg. Ædibus, ff. de donat. §.2. & 3.* en donde la donacion hecha por vno, de la coſa que era agena, con el conſentimiento de ſu dueño, ſe reſuelve, que el dueño que conſiente, y no el que dona, ſe entiende ſer el donanre, *leg. Cenſualis, Cod. de donat.* Mieres *de maiorat. 1.part.quæſt 3. ex num.*47. cum multis ſeqq. y mejor D.Molina *lib.*4. *cap.*3.*num.*23. & 24. en donde pone diverſas eſpecies comprobatorias de eſte aſſumpto, vt ibi: *Non enim Princeps facultatem concedens, ſed his qui vtens illa, de re ſua diſponit, donare videtur.* Y concluye, ibi: *Eſſet namque abſurdiſimum quod quando vxor donat ex licentia viri bona propia, vel minor cum licentia tutoris, vel filius familia, ex licentia patris, non ipſi, ſed hi qui licentiam præſtant donare videntur, quod probatur, ex leg. Si pater, §.fin. ff. de manum, vindict. leg. Et ſi liqueat,* vbi Baldus & *cæteri, Cod. de inoffic. donat.* ſicque id optimè reſolvit Tiraquell. *qui plura refert in repet. leg. Si vnquam, Cod. de revoc. donat. num.* 279. *idque veriſimum eſt.*

56 En los proprios terminos ſe halla tocada eſta queſtion por los Autores; conviene à ſaber, ſi el hijo, ò hijos que conſienten, ò aprueban el gravamen, ò Mayorazgo, que el padre los impone, ò impuſo en la legitima, ſi eſte, ò los hijos ſe deben contemplar como diſponentes; y aunque algunos abſolutamente la decidieron por los hijos, vt Mantic. Peregrin. Menoch., y otros, & cum alijs Antonio Gama *in deciſ.*218.*num.*4. ibi: *Quia ipſe Smeragdus iunior filius vinculantis conſenſerat vinculo, quod potuit facere in præiuditium legitimæ*, vt concludit Palac. Rub. *in rep. rub.* §. 16. & Suarez *in rep. leg. Quoniam, 9. ampliat, & ſic diceb at hunc Smeragdum iuniorem, & fratrem eius, fundatores eſſe maioratus, qui enim conſentit videtur conſtituere.*

Bar-

Bartol. *in leg. Cum quis de legat.3. num.2.& 4.*

57 Todavia la mas eſtrecha opinion es la que diſtingue, ò el padre diſpone en vida, con el conſentimiento de ſus hijos, y entonces como diſponga *ſuper rem propriam cum aſſenſu filij* (que no tenia adquirido el derecho por lo dicho) ſe infiere, que el padre, y no el hijo diſpone, y funda; pero por el contrario, ſi el padre diſpone el Mayorazgo en ſu teſtamento por sì ſolo; ſi el hijo aprobaſſe, ò conſintieſſe, *poſt mortem patris, & poſt additionem hæreditatis expreſſam, vel tacitam, per immixtionem,* como yà ſea patrimonio del hijo, eſte, y no el padre ſe eſtima como verdadero fundador.

58 Eſta diſtincion ſiguen *præter alios antiquiores,* Flores Diaz de Mena in Add. ad Gammam *deciſ. 219. num.4.* Add. ad Molina *dict. lib.2. cap.3. ad n.7. verſ. fin.* D.Salgad. *labyr. credit. 2.part. cap.16. per totum maximè num. 24. 25. & 26. qui num. 27. alios plures in comprobationem adducit, & num.60.*

59 Paſſando debaxo de eſtas ciertas reglas, ò preſupueſtos à reconocer la diſpoſicion de eſtos hijos, ò ſu conſentimiento, reſulta lo primero, que en vida del padre, ni al tiempo que diſpuſo intervinieron, ni conſintieron los hijos, y aun por la reſiſtencia de ellos es veroſimil ſe valieſſe del medio de dexarlo conferido en ſu arbitrio, para que la libertad en las condiciones, y llamamientos, junto con el reſpecto, los invitaſſe à cumplir ſu voluntad, que por sì no podia, ni pudo executar validamente.

60 Lo ſegundo, que ſiendo aſsi, que el padre muriò en Marzo de 676. como queda dicho, y conſta de la clauſula 2. de la fundacion de Don Pedro, y Don Luis, *fol.12.* no diſpuſieron, ni vſaron de dicho poder haſta tres años deſpues en 19. de Marzo de 679. ſiendo aſsi que en aquel no ſe le amplia el termino para teſtar, con-

cedido por la *ley Real,33. de Toro, quæ est leg.7 tit.4. lib.5. Recop.* que dispone, que solo dure tal poder por quatro meses, y à lo mas por vn año; con tal, que passado vno, ù otro, dize la ley, no pueda mas hazer, *que si el poder no le fuera dado, y vengan los dichos bienes à los que los avian de aver, muriendo el testador ab intestato.*

61 De que se infiere, que no pudiendose negar, que dichos hijos entraron en el todo de la herencia, mezclandose, y manejandola por el discurso de tres años, yà por la expressa institucion de heredero, que contenia validamente la disposicion de su padre, ò yà como sus vniversales herederos legitimos ab intestato, eran verdaderos dueños del todo de la herencia, y como tales pudieron disponer libremente à su voluntad, fundando otro el Mayorazgo, ò condicionandole, ò restringiendole como quisiessen.

62 Prescindiendo, pues, de los efectos del dominio, y regla de Derecho, *quod quilibet rei suæ est moderator, & arbiter, leg. Intradit.48. ff. de pact.* D.Salgad. *in labyr. 2.part. cap.14. num.*110. y de los privilegios, que por lo mismo tienen las vltimas voluntades para su efectiva execucion, que dexamos presupuesto, y fundado en el principio de este informe; para nuestro caso, y medir la facultad con que estos hijos entraron à hazer esta su fundacion, es prueba la decission del texto, *in leg. Iurisprudentium, 7. §. Adeò*, en donde concluye el Jurisconsulto, *si igitur in totum potest, cur non, & pars eius pactione mutari potest*, D. Molin. hablando del vltimo posseedor del Mayorazgo, en quien por no aver otro llamado, quedan libres los bienes, arguye legitimamente con dicha ley, el que puede disponer en la succession, que quisiesse estatuir las condiciones, y limitaciones que le pareciesse, dando la propria razon del texto, ibi: *Si enim maioratum antiquum omnino di-*

lue-

luere potest, à fortiori poterit illum limitarè, ac reformare.

63 Comprueba esto mismo la especie que funda Don Pedro Noguerol *allegat.29.num.39.* en donde hablando de la prorrogacion, que concede el Principe de vn oficio vitalicio, dize, que puede poner en la prorrogacion las condiciones, clausulas, y qualidades que le pareciere, por la misma razon, *quia sicut Rex potuit hoc offiicum non prorrogare, vel illud alteri tertio libere concedere, rectè illum possidenti poterit prorrogare cum quibuslibet conditionibus, & gravaminibus*; à Noguerol, Castill. y otros muchos, refiere, y sigue D.Salgad. *dict. cap.16. num.51.* en donde hablando del consentimiento, que el hijo dà para el gravamen de su legitima, fundando la libre facultad, que tiene, entre otras razones dize: *Comprobatur, nam cum filius potuit libere, purè, & absolutè repudiare totam legitimam in damnum creditorum, & eis invitis, eodem modo poterit additionem qualificare, & admitere modum, & conditionem, qui enim potest actum facere purè, potest etiam illum qualificare, & conditionem illi aponere; dict. §. Adeò, & leg. Videamus, §. penult. leg. In actionibus*, vbi Jasson. *in secundo notabili, ff. de in litem iurando*, Boerius *in consf.101. num.25.* Castill. *5. controv. cap. 64. num. 12. & 13.*

64 Luego sobre la consequencia proximè antecedente, es igualmente juridica, que aviendo quedado, como quedò, la disposicion de Don Roberto sujeta à la aprobacion de sus hijos, la voluntad de estos es la que vnicamente se debe atender como vnica, y legitima fundacion, no sujeta à otro, que à su proprio arbitrio, y dictamen; luego si por este la propria sentencia, y aun la parte de Doña Theresa reconoce, que quien debe succeder, son estas Hermandades, se manifiesta el error, ò agravio, que contienen las sentencias, dando à Doña

The-

Theresa la succession de vn tan considerable caudal, contra la voluntad de sus verdaderos dueños.

65 Parece no escusaba del reconocimiento particular de lo que estos hijos dispusieron, pues la confession de la parte, que se deduce de su demanda; *de qua in mem. fol.6. num.*22. y el tenor de la misma sentencia, son suficiente, y relevante prueba del expresso, claro, y literal llamamiento, que tienen estas partes; por la disposicion de Don Pedro, y Don Luis, siendo la idèa de aquella, y la decision de esta, la nulidad de este tal llamamiento, por defecto de potestad, sin advertir el de Don Roberto, y el de la voluntad de Don Andrès; y por lo mismo se acredita, no aprobaron la obligacion, declaracion, ò voluntad de su padre, ò à lo menos, que la moderaron, ò restringieron, vsando de la amplia facultad, que como dueños tenian; pero por lo que puede conducir para confirmacion del medio, ò discurso, brevemente se harà reflexion, solo sobre lo notable de dicha disposicion, al proprio fin.

66 Queda dicho, que en la de Don Roberto no se encuentra consentimiento alguno de los hijos, y el tiempo que passò antes que estos executassen su disposicion; en esta, pues, es de notar, que solo las tres clausulas primeras se hallaràn conformes al poder para testar de Don Roberto; esto es, en quanto à la compra de la Capilla, y fundacion de dos Capellanias, vna por la intencion de su padre, y otra por la de su tio; y remitiendose en quanto à esta à lo que declararian en la fundacion del Vinculo, que declararian, fundan la que su padre para sì mandò; pues en la *clausula* 4 mandan à Doña Juana de Andia quinientos ducados, que con efecto se la dieron al tiempo que la casaron con Don Matheo Morel, *num.*12. padres de Doña Theresa, cuya manda no se contiene en el tal poder, sì otras à favor de estas Hermandades, de que en esta disposicion no se haze men-

mencion; sin que de todo esto se pueda inferir mas que dichos hijos conocieron à Don Matheo, y que como caudal proprio de ellos, le dieron à su muger por dote 500. ducados.

67 En la *clausula* 5. es en la que se empieza à tratar del Vinculo, en que consta, que la que Don Roberto estimò como obligacion, estos la admiten, y conciben como facultad, y voluntad de este, vt ibi: *Nos dà facultad para que podamos fundar vna Capellania, vn Patronato, y vn Vinculo, y Mayorazgo de los bienes, y hazienda, que quedaron por fin, y muerte del señor Don Andrès Corbet, nuestro tio*; con la circunstancia, de que no quisieron dexar este concepto exclusivo de la tal obligacion, sin dàr la razon de èl; y assi passan à dezir, que Don Andrès instituyò por su vnico, y vniversal heredero à su padre Don Roberto; y prosigue: *Y aunque la dicha institucion fue sin calidad, ni condicion alguna, deseando el dicho señor nuestro tio, que el nombre, y familia de Corbet*, &c. (expressan todas aquellas razones genericas, que juntan los DD. como presupuesto de las fundaciones de Mayorazgo) y luego prosiguen: *Comunicò extrajudicialmente con dicho señor nuestro padre, que de sus bienes, y caudal se sacassen 12ʊ. ducados para comprar vna Capilla; item 3ʊ. para vna Capellania; y mas 6ʊ. para dotacion de Huerfanas; y declarò, que el caudal que quedò liquido de Don Andrès fueron 75. ù 80ʊ. pesos*; y debaxo de esta expression respectiva à lo dispuesto por su tio, y por su padre, dizen:

Y poniendo en efecto por el tenor de la presente clausula, y vsando de la amplia facultad, y poder, que en quanto à esto tenemos; lo primero, mandamos, y disponemos, que de qualesquiera bienes, y efectos del dicho señor nuestro padre se saquen, y separen 12ʊ. ducados para comprar el Patronato de la Capilla, que dispone

 el

el dicho mi tio, que avia de quedar agregado al Mayorazgo, que hemos de fundar.

68 En el resumen literal de esta clausula hallamos, que la aprobacion, y consentimienro de estos hijos, no lo es de la tal obligacion declarada por su padre, y Mayorazgo que quiso por ella se fundasse; y para no dezir que era falso, observando el respeto debido, passan à dezirlo, poniendo por delante, no solo la institucion absoluta que la resistia, sino con el aditamento de aver sido sin calidad, ni condicion alguna, que se opone directamente al gravamen, qualificando aquella tal declaracion, con dezir fue por aversele comunicado extrajudicialmante, no la fundacion del Mayorazgo, sino el de la compra del Patronato de la Capilla, la Capellania, y dotacion.

69 Sobre este concepto, lo que lo afiança mas es, que aun en la execucion de esto no passan à ella, por ser voluntad de su tio, ni por la de su padre, ni facultad, y poder que les diò, sino es por la amplia que ellos tenian, que no recae, ni puede sobre otra que la que el Derecho les dava, como hijos vnicos herederos de aquel, que lo fue absoluto de su tio; y assi dizen: *Mandamos, y disponemos*, que manifiesta el dominio, y potestad que por sì tenian, y en cuyo concepto fundaban, y disponian, agregandolo, no al Mayorazgo que aquel mandò fundar, sino al que ellos fundarian; siendo mas que cierto, que ha seguir lo prevenido por este, lo que vnicamente correspondia, era expressando la obligacion declarada por su padre, cumpliendo con ella, fundar el Patronato, Capellania, y dotacion en nombre de aquellos, y no dèl proprio.

70 En las clausulas siguientes se comprueba por todas ellas seguir el mismo concep to de disponer por sì, como verdaderos, y legitimos fundadores, vsando en todas de las mismas vozes *disponemos, mandamos, fun-*

da-

damos, llamamos; y es notable la expressión con que concluye el primer llamamiento, que contiene la *clausula* 11. ibi: *Y esta es nuestra determinada, y expressa voluntad*; à que se añade la *clausula* 19. en que motivan el llamamiento que dàn à estas partes; y no menos la 23. en que reservan en sì el poder alterar, ò quitar de esta tal fundacion lo que les pareciesse.

71 Y omitiendo, pues, otras reflexiones particulares por la brevedad, y porque (como queda dicho) el fundamento, y accion deducida en este juizio por parte de Doña Teresa, se reduce à dezir de nulidad de la fundacion hecha por los hijos, por aver fundado conforme à su voluntad, y no à la de Don Andrès su tio, por la qual se pretende aya de governarse la succession, presuponiendo, que por la disposicion, y voluntad de Don Pedro, y D. Luis tienen estas partes literal llamamiento, por aver fenecido los descendientes de Don Roberto, y los de Doña Barbara Corbet, para en cuyo caso de vacante se hallan substituìdas las Hermandades; en cuyo caso ni se duda, ni puede deber entrar aquel que por la fundacion legitima se dispusiere ex traditis in principio, sin que lo pueda alterar la naturaleza del Mayorazgo; pues dependiendo la duracion de este, no del Derecho, sino de la ley de la voluntad, por ella se limita, y fenece quando dispone, *vt ex leg*. 27. & 40. *Taur*. D. Molin. *lib*. 1. *cap*. 1. *num*. 22. vbi eius Add. Castill. *lib*. 2. *controu.cap*: 22. *per tot. maximè num*. 61.

72 Resumiendo, pues, el discurso se convence, que en la sujeta materia de succession, el primer objeto debe ser la voluntad, y poder del que dispone; en cuya prueba la letra de la escriptura es la que tiene, sino el vnico, el primer lugar, sin que à la expression clara de ella se pueda oponer, ò arguir con presumpciones, ò congeturas.

73 Que la voluntad de Don Andrès (en quien no

tie-

tiene obice la potestad) fue la de que su hermano fuesse su vnico, y vniversal heredero, sin calidad, ni gravamen alguno, y la de revocar la fundacion, institucion de Mayorazgo, por la qual no obstante se pretende succeder.

74 Que la de Don Roberto, siendo limitada, solo pudo subsistir en lo permitido por Derecho, que no lo es, ni vale el medio que para ampliarla dispuso de declarar por obligacion, la que no solo no tiene prueba, ni congetura, sì manifiesta, y clara de su incertidumbre.

75 Infiriendose de estos justificados antecedentes, que en la disposicion de Don Pedro, y Don Luis, tuvieron para ella vna amplia facultad, como legitimos herederos, y como tales dueños absolutos de todo el caudal; con que yà como verdaderos fundadores, ò yà por aprobacion, ò consentimiento limitado de aquella tal declaracion, siendo la voluntad de estos la que vnicamente se debe atender, y està tan clara à favor de estas partes, como las proprias sentencias lo declaran, esperan su revocacion, y que se difiera à la expressada su pretension. S. T. S. C.

Lic. D. Juan de la Isequilla Palacios.